ÉTUDE **DROIT ÉCONOMIQUE**

PROCÉDURE CIVILE

Le présent article a pour but de rappeler les règles de la procédure en rétractation d'une ordonnance sur requête et de donner quelques conseils pour optimiser les chances de succès de celle-ci.

1091

Rétractation d'une ordonnance sur requête : mode d'emploi

Étude rédigée par Nicolas Lisimachio et Alice Bon

Nicolas Lisimachio est avocat associé au cabinet Brunswick ; Alice Bon est avocat au cabinet Brunswick

1 - L'ordonnance sur requête est définie à l'article 493 du Code de procédure civile comme une « *décision provisoire rendue contradictoirement dans le cas où le requérant est fondé à ne pas appeler la partie adverse* ».

Nombreuses et variées sont les mesures pouvant être ordonnées sur requête, sur le fondement des dispositions générales du Code de procédure civile (*CPC, art. 812, 875 ou 145*) ou de dispositions spéciales (*CPI, art. L. 332-1, L. 615-3 et L. 716-1* sur les saisies-contrefaçon ; *C. com., art. L. 237-21 et R. 237-15 ; C. com., art. L. 611-6 et R. 611-22*, etc) :

- les opérations de constat et de saisie avant tout procès, pour conserver la preuve de faits dont pourrait dépendre l'issue d'un litige ;
- la désignation d'un huissier de justice aux fins d'assister à une assemblée générale ;
- la nomination d'un mandataire *ad hoc* ou d'un administrateur provisoire, etc.

La procédure sur requête présente pour les plaideurs des attraits majeurs : elle n'est pas contradictoire et l'éventuel refus du juge d'autoriser la mesure sollicitée ne sera pas connu de l'adversaire.

Pour ces raisons notamment, mais également pour sa rapidité et la simplicité de son régime juridique, le recours à la procédure sur requête est fréquent et bien maîtrisé par les plaideurs.

En revanche, la procédure visant à obtenir la réformation d'une ordonnance sur requête[1] l'est beaucoup moins. Même la jurisprudence s'y perd.

1 Ce cas de figure diffère de celui dans lequel l'avocat devra envisager une autre réformation, celle d'une ordonnance ne faisant pas droit à la requête : son recours prendra alors la forme d'un appel (*CPC, art. 496, al. 1*) dont les spécificités ne seront pas étudiées dans le cadre du présent article.

Le présent article a pour but de rappeler les règles de la procédure en rétractation d'une ordonnance sur requête (**1**) et de donner quelques conseils pour optimiser les chances de succès de celle-ci (**2**).

1. Règles procédurales

A. - Une procédure exclusive : le référé-rétractation

2 - L'article 496, alinéa 2 du Code de procédure civile dispose que « *s'il est fait droit à la requête, tout intéressé peut en référer au juge qui a rendu l'ordonnance* ».
En conséquence, la partie qui se voit opposer une ordonnance lui faisant grief doit, selon l'expression consacrée, solliciter du juge ayant délivré l'ordonnance la « rétractation » de celle-ci.
Cette procédure dite « de référé-rétractation » est exclusive de toute autre[2].
D'un point de vue procédural, ce référé-rétractation n'est pas une voie de recours au sens du Code procédure civile.
Le référé-rétractation a uniquement pour fonction de rétablir un débat contradictoire portant sur le bien-fondé de la requête.
La décision qui sera rendue à l'issue de la procédure de rétractation sera :

- exécutoire de plein droit par provision nonobstant appel et pourra faire l'objet des voies de recours classiques (appel et cassation)[3] ;
- dépourvue de l'autorité de la chose jugée[4].

B. - Quel juge saisir ? Qui peut le saisir ? Quand ? Comment ?

3 - L'article 496 du Code de procédure civile ne renseigne qu'*a minima* les règles procédurales applicables au référé-rétractation.

1° Quel juge saisir ?

4 - C'est la seule information donnée par l'article 496 du Code de procédure civile, lequel précise que « *le juge qui a rendu l'ordonnance* » connaît de la demande de rétractation.
Il s'agit du juge exerçant, au sein du tribunal auprès duquel la requête a été présentée, les fonctions de juge des requêtes[5].
Il en résulte notamment que :

- l'éventuelle incompétence matérielle et/ou territoriale du juge signataire de l'ordonnance est indifférente, c'est auprès de ce dernier que la demande de rétractation devra être formée. Ainsi, dans l'hypothèse d'une ordonnance rendue par le juge des requêtes du tribunal de commerce, ce dernier connaîtra de la demande en rétractation et ce, même si l'ordonnance relevait de la compétence du juge des requêtes du tribunal de grande instance ;
- de même, l'existence d'une procédure au fond liée aux faits ayant donné lieu à la requête est indifférente : le juge ayant rendu la requête, bien qu'il ne soit pas saisi du fond du litige, reste compétent, la demande en rétractation ne pouvant être présentée, selon la jurisprudence, au juge de la mise en état[6].

2° Qui peut saisir le juge de la rétractation ?

5 - Il est admis que la rétractation d'une ordonnance peut être demandée par toute personne pouvant justifier que l'ordonnance lui cause un grief[7].
Ainsi, et dans le cas d'une ordonnance portant sur la nomination d'un administrateur provisoire, le dirigeant ou les associés de la société concernée peuvent en poursuivre la rétractation.

3° Quand saisir le juge de la rétractation ?

6 - La demande en rétractation n'étant pas une voie de recours, elle n'est soumise à aucun délai.
Le seul juge du délai dans lequel la demande en rétractation doit être formée est donc le demandeur lui-même.
Il ne pourra toutefois que lui être conseillé d'agir rapidement.
En effet, l'ordonnance sur requête sera souvent la première décision judiciaire dans le cadre d'un contentieux entre les parties ; il y aura alors un intérêt stratégique à en obtenir rapidement la rétractation.
Cet impératif de célérité est conforté par la nature même des mesures susceptibles d'être ordonnées sur requête.
Dans l'hypothèse où l'ordonnance aura autorisé, sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile, un constat ou une saisie, la nécessité d'en obtenir rapidement la rétractation s'imposera comme une évidence.
Il convient alors d'éviter que l'adversaire puisse utiliser les informations révélées par le constat ou la saisie dans le cadre d'une action au fond, la rétractation de l'ordonnance emportant l'annulation des procès-verbaux de constat et l'obligation de restituer les éléments saisis[8].
Dans le cas où les mesures prescrites par l'ordonnance s'inscrivent dans la durée (nomination d'un administrateur provisoire), une riposte rapide s'impose afin de ne pas donner l'impression de

2 *Cass. 1re civ., 15 mai 2008, n° 07-20.624 : JurisData n° 2008-043885.*
3 *Rép. Dalloz Civil, Ord. sur requête, n° 158.*
4 *J.-Cl. Encyclopédie des huissiers de justice, Ordonnance sur requête, fasc.10, n° 63.*
5 Il a été à ce titre tranché par la jurisprudence que l'article 496 du Code de procédure civile visait la fonction du juge qui avait rendu l'ordonnance au sein du tribunal et non son identité.
6 *CA Paris, 20 juin 2012, n° 11/04160.*
7 *Rép. pr. civ. Dalloz , Ord. sur requête, n° 145.*
8 *CA Paris, 26 avr. 2006, RG n° 05/10192 ; CA Paris, 22 févr. 2011, RG n° 11/00253.*

ratifier la mesure ordonnée et d'éviter le plus possible sa mise en œuvre.

4° Comment saisir le juge de la rétractation : par assignation « en référé » ou « en la forme des référés » ?

7 - C'est la question la plus délicate posée au demandeur à la rétractation.

L'enjeu est d'importance compte tenu des différences fondamentales existant entre les deux types d'ordonnances :

- l'ordonnance en la forme des référés[9] a autorité de la chose jugée sur les contestations qu'elle tranche, contrairement à l'ordonnance de référé (*CPC, art. 488*) ;
- les ordonnances de référé sont exécutoires de plein droit (*CPC, art. 490*), alors que les ordonnances rendues en la forme des référés ne le sont pas systématiquement[10] et ce, même depuis l'entrée en vigueur de l'article 492-1 du Code de procédure civile[11].

Cet article dispose que :

« ***À moins qu'il en soit disposé autrement,*** *lorsqu'il est prévu que le juge statue comme en matière de référé ou en la forme des référés, la demande est formée, instruite et jugée dans les conditions suivantes : (…) 2° Le juge exerce les pouvoirs dont dispose la juridiction au fond et* ***statue par une ordonnance ayant l'autorité de la chose jugée*** *relativement aux contestations qu'elle tranche ;*

3° ***L'ordonnance est exécutoire à titre provisoire,*** *à moins que le juge en décide autrement* ».

L'ordonnance statuant sur la demande de rétractation étant dépourvue de l'autorité de la chose jugée et exécutoire de plein droit, la logique commande qu'elle soit rendue par un juge statuant en référé et non pas en la forme des référés.

8 - Or, l'expérience et l'étude de la jurisprudence révèlent que les demandes de rétractation sont souvent introduites par voie d'assignation « *en la forme des référés* ».

En effet, une formulation employée par la Cour de cassation dans un arrêt rendu le 20 février 1980, précisant que « la demande de rétractation d'une ordonnance relève de la compétence du juge qui l'a rendue, saisi comme en matière de référé »[12], a semé le trouble. De cette expression, par laquelle la Haute Juridiction a (maladroitement) entendu signifier que les conditions classiques autorisant le recours à la procédure de référé[13] (l'urgence, l'existence de contestations sérieuses etc.) n'étaient pas applicables à la procédure de rétractation, il a pu être déduit que le juge devait être saisi en la forme des référés et non en référé.

Dès lors, la pratique d'assigner « *en la forme des référés* » s'est développée, alors que l'ordonnance rendue sur la demande de rétractation est provisoire.

La solution n'était donc pas, sur le plan des principes, satisfaisante. Elle ne l'était pas davantage dans la pratique, la jurisprudence étant divisée.

Ainsi, alors que certaines juridictions considéraient que le juge de la rétractation devait être saisi par assignation en la forme des référés[14], la cour d'appel de Paris[15] estimait en revanche que le juge saisi en la forme des référés ne pouvait connaître d'une demande de rétractation, sans enfreindre les règles d'ordre public de répartition des compétences entre les juridictions !

Dans un arrêt rendu le 12 juillet 2012[16], la Cour de cassation, saisie d'un pourvoi à l'encontre d'un arrêt de la cour d'appel de Paris, a paru clore, pour un temps peut-être, la controverse :

« Attendu que pour déclarer la demande de M. X irrecevable, l'arrêt retient que saisi en la forme des référés, alors qu'il n'aurait pu statuer en cette matière qu'en référé, le président du Tribunal ne pouvait connaître de la demande de rétractation qui lui était soumise ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'il lui appartenait de se prononcer sur la demande de rétractation dont, peu important l'intitulé de l'assignation, M. X avait saisi le juge ayant rendu l'ordonnance sur requête ».

La Cour se montre donc extrêmement conciliante avec les plaideurs, qu'elle laisse libres de faire comme bon leur semble, compte tenu du mutisme de l'article 496 du Code de procédure civile.

On peut regretter que le débat ait été réduit à une simple question de libellé d'assignation et que la Cour n'ait pas saisi l'occasion de dissiper les malentendus issus de sa jurisprudence de 1980…

On peut également nourrir quelques doutes sur la pérennité de la solution dégagée. En effet, la décision déférée était antérieure à l'entrée en vigueur de l'article 492-1 du Code de procédure civile, ledit article n'étant pas cité au *visa* de l'arrêt.

En effet, en application de cet article, l'ordonnance rendue en la forme des référés a autorité de chose jugée et est exécutoire de plein droit, sauf s'il en est disposé autrement.

9 *Rép. pr. civ. Dalloz , Ord. sur requête, n° 143 ; M. Foulon et Y. Strickler, Le décret n° 2011-1043 du 1er septembre 2001 et la procédure en la forme des référés : D. 2011, p. 2668*, principe consacré par l'article 492-1 du Code de procédure civile.

10 Pour un exposé de la situation antérieure, V. *M. Foulon et Y. Strickler, Le décret n° 2011-1043 du 1er septembre 2001 et la procédure en la forme des référés, préc.*

11 Issu du décret n° 2011-1043 du 1er septembre 2011, l'article 492-1, alinéa 3 du Code de procédure civile dispose que l'ordonnance rendue en la forme des référés est « *exécutoire à titre provisoire, à moins que le juge en décide autrement* ».

12 *Cass. 2e civ., 20 févr. 1980, n° 78-16.544 : JurisData n° 1980-099039.*

13 *Rép. pr. civ. Dalloz , Ord. sur requête, n° 143 ; M. Foulon et Y. Strickler, Le référé-rétractation : D. 2010, p. 456.*

14 V. à titre d'illustration, *CA Bordeaux, 6 sept. 2004 : JurisData n° 2004-247556. - T. com. Bordeaux, 2 août 2012, RG 2012R01063.*

15 V. à titre d'illustration, *CA Paris, 3 déc. 2008, RG n° 08/12048 ; CA Paris, 8 avr. 2009, RG n° 08-12048 ; CA Paris, 6 avr. 2011, RG 10/19232.*

16 *Cass. 2e civ., 12 juill. 2012, n° 11-20.411 : JurisData n° 2012-016261.*

Le référé-rétractation a pour but de rétablir un débat contradictoire portant sur le bien-fondé de la requête

Or, l'ordonnance statuant sur une demande de rétractation, exécutoire de plein droit, n'a pas l'autorité de chose jugée et n'est pas exécutoire de plein droit, et aucun texte ne prévoit qu'elle doive néanmoins être introduite en la forme des référés.

9 - En conséquence, depuis l'entrée en vigueur de cet article, le juge de la rétractation peut-il encore être saisi en la forme des référés ? L'incertitude n'est donc pas totalement dissipée.
Dans cette attente, il apparaît préférable d'éviter de saisir le juge de la rétractation par voie d'assignation en la forme des référés.
En effet, bien que l'expression soit admise de manière un peu laxiste par la Cour de cassation dans le dernier état de sa jurisprudence, elle est cependant juridiquement inexacte et potentiellement contraire à l'article 492-1 du Code de procédure civile.
Il pourra avantageusement lui être est préférée une expression du type « assignation en référé rétractation » ou « assignation en référé aux fins de rétractation d'ordonnance sur requête »[17].
En tout état de cause, quel que soit le libellé de son assignation, le demandeur à la rétractation devra respecter les règles procédurales du référé.
L'assignation aux fins de rétractation devra être délivrée pour une audience de référé, aux jours et heures habituels, un délai « raisonnable » devra être respecté entre la date de délivrance de l'assignation et celle de l'audience pour permettre au défendeur de préparer sa défense (*CPC, art. 485 et s.*[18]).

2. Le cahier des charges du demandeur à la rétractation

A. - Le demandeur à la rétractation n'est pas soumis aux conditions classiques du référé

10 - Le demandeur à la rétractation, même s'il assigne son contradicteur en référé, n'a pas à prouver l'existence des conditions traditionnelles du référé.
Il ne supporte ainsi pas la charge de la preuve de l'existence du trouble manifestement illicite ou de l'absence de contestation sérieuse.
La justification en a été donnée très clairement par la cour d'appel d'Aix-en-Provence dans un arrêt du 11 septembre 1987[19] :
« La loi accorde aux parties et au juge, lorsqu'une décision a été prise sans débat contradictoire et à l'insu d'un partie, une voie spéciale de rétractation, en leur offrant la faculté de réexaminer la même affaire, mieux éclairée par un débat contradictoire (…).
Le même juge a alors la même compétence lorsqu'il statue sans forme, sur requête, puis dans le deuxième stade sur assignation en la forme des référés, et il serait inconséquent s'il faisait droit à une demande présentée par requête, puis refusait d'examiner la même demande sur assignation, au motif qu'il y a difficulté sérieuse ».
Quid de l'urgence ou, plus exactement, de l'absence d'urgence ? Doit-elle être démontrée à l'appui de la demande de rétractation ?
En théorie, il convient de se référer au texte sur le fondement duquel l'ordonnance querellée a été rendue.
Si l'urgence n'est pas une des conditions de son application (*CPC, art. 145*), il sera inutile de s'évertuer à en démontrer l'inexistence dans le cadre de la demande de rétractation.
En revanche, certains textes et notamment les articles 812, alinéa 2 et 875 du Code de procédure civile[20] indiquent que peuvent être ordonnées sur requête « *toutes mesures urgentes* », ce qui laisse supposer que le demandeur à la rétractation devra donc prouver l'absence d'urgence.
La réalité est plus nuancée, l'urgence s'induisant des faits justifiant qu'il soit dérogé au contradictoire et n'étant pas examinée de manière distincte par le juge des requêtes[21].
En conséquence, le demandeur à la rétractation, lorsqu'il démontrera que les circonstances de fait ne justifiaient pas qu'il soit dérogé au principe du contradictoire, prouvera, dans le même temps, l'absence d'urgence.

B. - La démonstration du bien-fondé des mesures objet de la requête incombe au défendeur à la rétractation

11 - L'objet de la procédure de rétractation est de rétablir un examen contradictoire du bien-fondé des mesures ordonnées sur requête et, au-delà, du bien-fondé du recours à une procédure non contradictoire.
Or, si ce débat contradictoire a lieu à l'initiative du demandeur à la rétractation, c'est au requérant initial qu'il appartient de prouver le bien-fondé des mesures autorisées par l'ordonnance querellée.
Étant précisé que le requérant initial se trouve limité par les termes de sa requête, en ce qu'il ne peut profiter de l'instance en rétractation pour solliciter de nouvelles mesures ou présenter des demandes additionnelles, lesquelles seraient irrecevables.
En revanche, il est désormais admis par la jurisprudence qu'il puisse invoquer des faits postérieurs à la requête[22].

17 *M. Foulon et Y. Strickler, Le référé-rétractation : D. 2010, p. 456.*

18 *Procédures 2011, repère 9.*

19 *CA Aix-en-Provence, 11 sept. 1987, RG 86/7509.*

20 L'article 812, alinéa 2 du Code de procédure civile fonde la compétence générale du président du tribunal de grande instance pour statuer sur requête, l'article 875 fonde quant à lui la compétence du président du tribunal de commerce pour statuer sur requête, dans les limites de la compétence du tribunal.

21 *Rép. pr. civ. Dalloz , Ord. sur requête, n° 78.*

22 *Rép. pr. civ. Dalloz , Ord. sur requête, n° 143.*

C. - Les armes du demandeur à la rétractation

12 - Si l'on s'en tient strictement aux principes ci-dessus énoncés, le demandeur à la rétractation n'aurait rien à prouver mais juste à se contenter de pointer les failles du raisonnement adverse.

Bien évidemment, il ne doit pas se borner à ce seul exercice : il s'efforcera également de démontrer que les mesures sollicitées sur requête ne sont pas justifiées[23] ou sont disproportionnées. Par exemple, une ordonnance autorisant des opérations de constat et de saisie sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile (pour établir l'existence de faits de concurrence déloyale) encourt la rétractation si lesdites opérations apparaissent disproportionnées par rapport au but poursuivi et permettent des investigations portant sur l'ensemble de l'activité de la société concernée[24].

Certaines décisions ont par ailleurs mis à la charge du requérant initial une obligation de bonne foi et un devoir de loyauté renforcés[25], le contraignant à porter à la connaissance du juge, aux termes de sa requête, l'ensemble des éléments importants du litige.

En effet, en l'absence de contradictoire, la tentation est grande de présenter un dossier de manière très subjective. Or, l'omission d'un élément important du litige est susceptible, à elle seule, d'entraîner la rétractation de l'ordonnance.

Bien que la Cour de cassation ait tempéré le caractère absolu de cette affirmation, le demandeur à la rétractation aura à cœur de présenter au juge de la rétractation l'ensemble des arguments pertinents et que le requérant a pu, à dessein, dissimuler à ce dernier.

13 - Outre les faits et leur présentation, le demandeur à la rétractation pourra contester la régularité de la procédure suivie, et obtenir la rétractation de l'ordonnance querellée si le recours à une procédure non contradictoire n'était pas justifiée ou si elle a été diligentée de façon irrégulière. Cela revient à poser les questions suivantes :

- les circonstances de l'espèce justifiaient-elles de déroger au principe du contradictoire ?

Ainsi, un administrateur provisoire peut être désigné de manière non contradictoire – c'est-à-dire en l'absence du dirigeant de la société – si l'efficacité de la mesure le requiert. Ce sera le cas, si compte tenu des agissements reprochés au dirigeant (détournement de fonds, etc.), il peut être estimé que celui-ci aurait fait obstruction à la nomination de l'administrateur ou entravé sa mission en dissimulant les preuves de ses agissements[26]. Une mesure de constat peut également être ordonnée de manière non contradictoire s'il existe un risque que le dirigeant de l''entreprise dans les locaux de laquelle elle doit être réalisée fasse disparaître les éléments de preuve que le constat a précisément vocation à recueillir ;

- la requête est-elle régulière en la forme ?

Celle-ci doit mentionner les pièces invoquées à l'appui de la demande ainsi que l'exige l'article 494 du Code de procédure civile. Si tel n'est pas le cas, la requête aurait dû être déclarée irrecevable[27]. Aucune forme n'est imposée aux requérants (même si, dans la pratique, ils choisiront d'annexer à leur requête un bordereau de communication de pièces), ce qui importe étant qu'il soit possible à la lecture de la requête de connaître la liste des pièces sur lesquelles s'est fondé le juge[28] et d'être certain « que le destinataire de l'ordonnance a été à même d'apprécier l'opportunité d'un recours contre l'ordonnance et a pu utilement préparer le débat contradictoire »[29].

Toujours en ce qui concerne la forme, le demandeur à la rétractation doit s'assurer que l'ordonnance lui a été régulièrement signifiée, ainsi que l'exige l'article 495 du Code de procédure civile. À défaut, l'ordonnance est nulle.

Les conditions d'exécution des mesures ordonnées peuvent également être invoquées à l'appui d'une demande de rétractation. Ainsi par exemple, une ordonnance ayant autorisé des mesures de constat peut être annulée si lors de l'exécution dudit constat, la vie privée des salariés et le secret des affaires n'ont pas été respectés[30].

Enfin, le demandeur à la rétractation vérifiera si les conditions particulières prévues par les textes ou la jurisprudence applicables aux mesures ordonnées sont ou non remplies.

Conclusion

14 - Le régime procédural de l'action en rétractation, sans réel fondement textuel spécifique, est aujourd'hui assez nettement dessiné à une exception près : peut-on encore saisir le juge de la rétracttaion « en la forme des référés », ou doit-on le saisir « en référé » ou « en référé-rétractation » ?

Une imprécision à ce titre peut être lourde de conséquences.

Le praticien souhaitant saisir le juge d'une demande de rétractation devra être particulièrement vigilant aux évolutions jurisprudentielles sur cette question, dans l'attente, peut-être, d'une décision de la Cour de cassation qui la tranchera définitivement.

23 Par exemple si les mesures sont demandées sur le fondement de l'article 145 du CPC, il faudra démontrer que les mesures ordonnées sont inopérantes à apporter la preuve de faits dont un litige peut dépendre, ou montrer l'absence de carence des organes sociaux et de paralysie de la société si l'ordonnance querellée a désigné un administrateur provisoire ou un mandataire *ad hoc*.

24 *CA Rouen, 23 févr. 2006, RG n° 05/00766.*

25 *CA Paris, 18 juin 2008, RG n° 07/22201.*

26 *TGI Bobigny, ord. réf., 24 sept. 2011, 11/01183.*

27 *Cass. 2e civ., 11 févr. 2010 : D. 2010, p. 507.*

28 *CA Orléans, 2 mars 2006 : JurisData n° 2006-313173.*

29 *CA Orléans, 2 mars 2006, préc.*

30 *CA Paris, 26 avr. 2006, RG n° 05/10192.*